

II. Kasu praktikoak eta eskemak



1/22

ZUZENBIDE ZIBILA

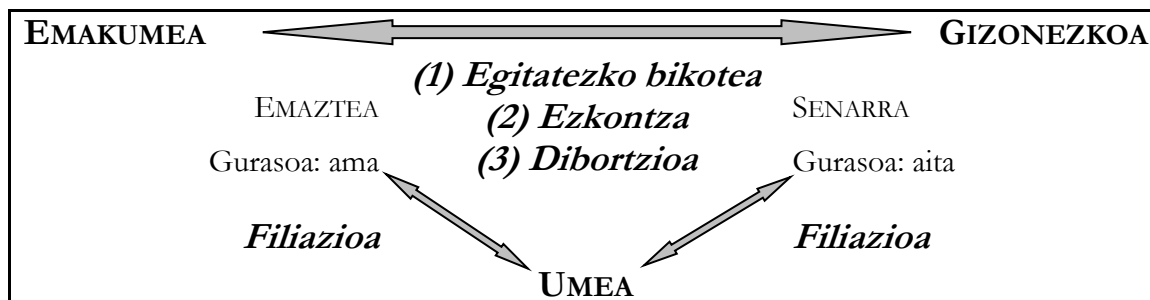
OBLIGAZIO-ZUZENBIDEA

Betebeharren iturriak: «funtzio» eta «obligazio» juridikoak
AGE 2018.10.15 (Roj STS 3485/2018)

Egileak: Olatz ARIZALETA Yera ARRUTI, Julen AZPEITIA, Naroa AZPIAZU, Ander BARANDICA, Xabat BELOKI, Malena di BERNARDO, Alicia BUENDIA, Blanca CABEZÓN, Nekane CALLEJA, Sara COBOS, Olatz COUSO, Maialen DOMÍNGUEZ, Intza GALARZA, Aratz GARCÍA, Igone GONZÁLEZ, Jokin GONZÁLEZ, Pello GONZÁLEZ, Lander GUTIÉRREZ, Leire IBARRONDO, Ignacio IGARTUA, Nerea IRIONDO, Aixa LÓPEZ, Beñat MAIZ, Leire PEÑALBA, Miren PEREDA, Maider VALDEZATE, Aines del VALLE, Estibaliz ZARZA.

Irakaslea: Mikel Mari KARRERA EGIALDE.

PERTSONAK ETA ERLAZIO JURIDIKOAK



Egoera zibila:

- (1) Emakumea: adin nagusikoa; asturiarra.
- (2) Gizonezkoa: adin nagusikoa; asturiarra.
- (3) Umea: adin gabea; asturiarra.

EGITATEAK

< 2007	Egitatezko bikotea osatzea.
2007	Umea jaiotzea.
2008.05.03	Ezkontza burutzea.
2013.08.22	Egitatez banantzen dira (ezkontza indarrean da). Hitzarmen «pribatua» sinatzen dute: (1) Guraso boterea elkarrekin baliatzea. (2) Umearen zaintza amaren ardura izatea. (3) Aitak umearekin harremana izateko eta ikusteko estipulazioak. (4) Aitak mantenu moduan ordaindu beharreko pentsioa: 150 €. (5) Umearen aparteko gastuak estaltzeko kuota: % 50.



2013.08.23/2015.06.30	Aparteko gastua: logopeda (1672 €). Umeak dislexia dauka eta logopedaren laguntza izatea beharrezkoa gertatzen da; aita horren jakitun zen lehendik ere. Horregatik, hitzarmenean aurreikusten da, umeak eskolan daraman martxaren eta bere osasun-egoeraren berri izateko eskubidea duela aitak
2015.10.01/2016.01.31	Aparteko gastua: akademia partikularra.
2014.06.01/2016.04.25	Aurretik eta aldi berean (dibortzio-epaiak jasotzen du): - Umearekin egoteko eta komunikatzeko oztupoak jartzen dizkio amak aitari. - Aitak mantenu-obligazioa ez du ordaintzen.
2016.01	<i>Dibortzio</i> -demanda aurkeztea.
2016.06.17	<i>Dibortzio</i> -epaia lehen instantzian.
...?	Demanda aurkeztea: mantenu-zorra ordaintzeko eskaera (3.994,50 €).
2017.03.28	Epaia (lehen instantzian): - diru-zorra: 3.752 € - interesak (demandaz geroztik): PZL 576
2017.04.20	<i>Dibortzio</i> -epaia bigarren instantzian. - Umearen «zaintza» elkarrekin izatea erabakitzen du epaitegiak. - Aitari dagozkion mantenu-obligazioak: hilerio 100 € gastu «arruntei» aurre egiteko eta «aparteko» gastuen % 70a ordaindu beharra.
2017.07.10	Epaia (bigarren instantzian)

Roj: (1) SAP O 1201/2017, (2) SAP O 2133/2017, (3) ATS 760/2018 eta (4) STS 3485/2018

KASUA

Neska eta mutila elkar ezagutu eta harreman afektibo estuari hasiera ematen diote, egitatez bikote bihurtuz. Harremanak aurrera egin ahala, umea izaten dute 2007. urtean. Umea izan ondoren, bien arteko harremana finkatzeko, agian familiaren eta ingurukoen eraginez, ezkondu egiten dira urte beteren buruan. Handik bost urtera, harremana okertu eta arazoak gaineratzen, behar bada umearen hobe beharrez ere, banantzea erabakitzen dute. Horrela, bien artean banantze-hitzarmena adostu eta egitatez banantzen dira. Hitzarmen hori izaeraz pribatua da eta ez zuten judizialki homologatu, hain zuzen ere banantze judizialik eskatu ez zutelako. Bertan, hurrengo adosten dute: guraso boterea elkarrekin baliatzea; umearen zaintza amaren ardura izatea; aitak umearekin harremana izateko eta ikusteko estipulazioak; aitak mantenu moduan ordaindu beharreko pentsioa (150 €), diru-erori apalekoak direla kontuan izanik; umearen aparteko gastuak estaltzeko kuota (% 50). Bakoitzak bere bizitza egiten du eta mutilak beste harreman afektiboa ere badauka; emaztearekin harremana okertuz doa eta bien arteko desadostasunak geroz eta nabariagoak dira: hasteko, amak, ez zuen umeak aitarekin zuen bisita harremana errespetatzen; eta, bestalde, aitak, jarrera horren aurrean, pentsioa ordaintzeari utzi zion. Bitartean, dibortzio demanda aurkeztu da, hitzarmen erregulatzailerak epaileak finkatuz. Neskak, ordaindu ez zitzaizkion pentsioak eta umearen aparteko gastuak erreklamatzeko demanda aurkeztu du bere senar ohiaren aurka.



IRUZKINA

3/22

LABURPENA: 1. **Sarrera.** 2. **Abiapuntua: harreman juridikoak.** 2.1. Bikote-harremana: (1) Egitatezko bikotea: harreman ekonomikoak. (2) Ezkontza: eraentza ekonomikoa. (3) Dibortzioa: hitzarmen erregulatzailea. 2.2. Filiazioa. 3. **Eztabaida: arazo juridikoak.** 3.1. Salbuespen nagusia. 3.2. Lehen salbuespen subsidiarioa. 3.3. Bigarren salbuespen subsidiarioa: aparteko gastuen izaera. 4. **Ondorioak.**

1. Sarrera

Gai honen egunerokotasuna ezin da zalantzan jarri, dibortziorik onartzen ez zen garaietan horrelakorik ez baitzen gertatzen. Gizartea eta gizarteko baloreak aldatzen joan diren heinean, ezkontideak dibortziatea ohikoa da egun. Ezkontzeko arrazoi nagusia adostasuna bada ere, askotan gertatzen da umea izan ostean hartzea erabaki hori, agian familiaren edo inguruko eraginaren poderioz. Hala eta guztiz ere, gaur egun gertatzen diren egoera askorekin alderatuz, ia kasu gehienetan bikoteak ezkontzeko erabakia hartzen du horrek ekarriko dizkien onurengatik; normalean ez dira ezkontzen beraiei ilusioa egiten dielako edota poztasun handia ematen dielako, baizik eta aldeko eragin juridikoak jasotzeko.

Ezkontzearen ondorioz, ezkontideek iraunkorrak izango diren eskubide eta obligazio desberdinak hartzen dituzte beren gain: batetik, bien arteko harremanaren gain indarra izango dutenak eta, bestalde, beren umeekiko indarra izango dutenak; eta era berean, ondasunekiko ere ahalmenak eta betebeharrak sortuko dira ezkontzak ondarean eragingo dituen efektuak direla eta. Beraz, legalki egitatezko bikote eta ezkontutako bikote izatearen artean sortzen diren efektuak desberdinak dira, batez ere erregimen ekonomikoaren ingurukoan; izan ere egitatezko bikoteen kasuan ez da ezkontzako erregimen ekonomikorik aplikatzen eta, botere publikoen aurreko harremanetan ere, kontuan hartzen den egoera zibila da, esaterako alarguntza-pentsioa jasotzeko edo osasun-zerbitzuak erabiltzeko.

Aztergai dugun kasuari erreferentzia eginez eta bide batez, ezkontzaren eraentza iraun bitartean jaiotako umei dagokienean, ez dago desberdintasun nabarmenik egitatezko bikote batetik jaiotako umeekiko dauden eskubide eta obligazioekin alderatuta, umeen eskubideak eremu guztietan babestuta baitaude. Beraz, ezkontzaren eraentza apurtutakoan eta egitatezko bikotea desegiten denean, adingabeko umeen onuran ezarri daitezkeen lege-erabakiak (zaintza, kustodia, mantenua, bisitak) aitortzeari dagokionez, parekotasunean daude kasu guztietan.

Ildo berean, ezkontzaren barruan jaiotzen diren umei dagokienez, bikote batek haur bat izatean, beren familian elkartasuna bermatzeko edota gizartean historikoki indarra izan duten bestelako ideiak jarraitzeko ezkontzen dira, nahiz eta denbora igaro ahala horrelako kasuak gero eta gutxiago diren. Elizak gure gizartean historikoki izan duen eraginaren ondorioz, ez hain aspaldi arte ez zegoen ondo ikusita eta gure gizartean nekez onartzen zen bikotea elkarrekin bizitzea ezkondu gabe egonik; are gutxiago oraindik, bikote horrek umeak izatea ezkondu baino lehen. Gaur egungo gizartean, nahiz eta halako ideiek pisua galdu egin duten modu nabarmen batean, pertsona askok oraindik antzeko iritziei eusten die; beraien gurasoen kasua izan delako edota oso gertutik bizi izan dituztelako horrelako egoerak eta, hori dela eta, halako ideiak jarraituz, oraindik bikote asko ezkontzen dira.



Azpmarratzekoa da ezen, ezkontideek egindako hitzarmen pribatu hura, oso egokia dela beren harremanak bideratzeko. Dibortziatu nahi ez, baina banantzea egokiagoa dela uste izanik, edota etorkizunean bien arteko harremana berreskuratzeko aukeraren bat ikusiz gero, halako erabakiak onuragarriak izan daitezke, batez ere umea ez kaltetzeko helburuarekin hartu izan badira. Umearen gurasoak biak dira eta elkarrekin ez jarraitzeko asmoak ezin du umea kaltetu. Akordio edo hitzarmen hori biek errespetatzen badute, bai bikotearentzako baita beren umearentzako ere, gaur egun arazorik gabeko egoera izango litzateke, askoz ere onuragarriagoa denentzat eta, modu horretan, noizbait dibortzioa nahi izanez gero, modu egokian burutu izanak ondorio mesedegarriagoak sortuko ditu. Hala ere, aurretiaz hitzartutakoa ez errespetatzea eta elkarren arteko gatazkak sortzea oso ohikoa da zoritarrez, gaur egun. Are gehiago, eta hau da kasuaren mamia, zor diren mantenu-pentsioak ez ordaintzea, kasu gehienetan gizonezkoa izanik zorduna eta hartzekoduna berriz emakumea; Kode Penalean zigortua dagoen arren (KP 227), epaitegiak horrelako erreklamazioez gainezka daude.

Kasua aztertzeko, beraz, bikotearen bilakaera aipatu behar da lehenik, hala nola egitatezko bikotea zer den eta zein harreman ekonomikoa duten, ezkontzeak zer ekartzen duen eraentza ekonomikari begira eta dibortzioa nola bideratzen den hitzarmen erregulatzailearen arabera (§ 2.1); gero, umeen egoera azaltzeko, filiazioa zer den eta zein eragin sortzen dituen adieraziko da (§ 2.2). Harremanaren eremua zehaztu ostean, epaitu den arazo nagusia (hitzarmen pribatuaren balioa) aztertuko da (§ 3.1); eta ondoren beste bi arazo: betebeharrak bat ez betetzeak beste betebeharrak baten gainean duen eragina (§ 3.2) eta aparteko gastuen irismena (§ 3.3).

2. Abiapuntua: harreman juridikoak

Lehenik, kasuan agertzen diren erlazio juridikoak azaldu behar dira, hau da, zertan datza (erakunde juridikoaren definizioa) eta nola funtzionatzen dute (eraentza juridikoa), batetik, *bikote-harremanak* eta, bestetik, *filiazioak*.

2.1. Bikote-harremana

(1) Egitatezko bikotea: harreman ekonomikoa

Modu egonkor batean batera bizi diren bi pertsonen arteko harremana da egitatezko bikotea. Harreman hori egitatezko bikotea dela esan ahal izateko bat-egitea ezkontzaz kanpokoan izan behar du, hau da, bi pertsonak elkarrekin bizi behar dute modu egonkor eta osoan («*more uxorio*») baina legezko formalitatetarik gabe: «*La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vía amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*» (AGE 1992.05.18: Roj STS 3961/1992). Egitatezko bikotearen kontzeptua argi izanik, esan dezakegu gure kasuko bi alderdiek egitatezko bikotea sortu zutela.

Egitatezko bikotearen kontzeptua ez da modu espresu batean Espainiako zuzenbide positiboan erregulatzen. Esan bezala, Espainiako konstituzioak ez du egitatezko bikotea erregulatzen, baina 14 edo 39. artikuluen arabera ulertu daiteke onartu eta babestu egiten duela. Aitzitik, ia Autonomia Erkidego guztiek arautzen dute egitatezko bikotearen kontzeptua. Kataluniako, Aragoiko, Nafarroako, Balear Irletako, Asturiasko, Andaluziako, Extremadurako eta Kantabriako legediek egitatezko bikotearen kontzeptua, ezkontzaren



antzeko «afektibitateak» duen ezaugarri berdinekin osatzen dute. Beste Autonomia Erkidegoetan, berriz, ezkontzarekin erlazioa duten edozein konnotazio ezabatzea erabaki dute, honako hauek hain zuzen: Valentzia, Madril, Kanariak eta Euskal Herria. Izatezko bikotea badela kontsideratzeko Autonomia Erkidego bakoitzak denbora minimoa ezartzen du. Katalunian eta Aragoi denbora minimoa bi urtekoa da, bi urtez elkarrekin bizi behar du bikoteak; Nafarroan, Valentzian, Madrilan, Asturiasen, Kanariar Irletan, Extremaduran eta Kantabrian, aldiz, gutxieneko denbora urte betekoa da. Balear Irlek eta Euskal Herriak ez du denbora minimorik ezartzen eta kontuan hartzen duten elementua ezinbesteko inskripzio erregistrala da. Bere aldetik Andaluzian ez da ez denbora minimorik, ez inskripziorik eskatzen.

Gure kasua Asturiasen gertatu denez, Asturiasko legedia aztertu behar da: Lege 4/2002, Asturiasko izatezko bikoteei buruzkoa. Bere 3. artikulua azaltzen du zer den egitatezko bikotea eta honakoa dio: «*Se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona*». Lehen aipatu denez, Asturiasko kasuan, egitatezko bikotea dagoela kontsideratzeko, elkarrekin urte bat bizi behar dute gutxienez, beti ere dokumentu publiko bidez bikote egonkorra osatzeko borondatea azaldu ez badute behintzat. Kasuko neska-mutilak egitatezko bikotea osatu zuten arren, ez zuten dokumentu publikoan jaso, baina kontuan hartu behar dugu Asturiasko izatezko bikotearen inguruko legeak izatezko bikotea badela kontsideratzen du bikotea urte betean elkarrekin bizi badira. Horrela adierazten da legearen 3.2. artikuluan: «*Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias*». Gainera, legearen aplikazio eremuari dagokionez, legean adierazten da aipatzen ari garen legearen xedapenak aplikagarriak izango direla egitatezko bikotea osatzen dutenak Asturiasen erroldatuak daudenean. Azkenik, legean dagoen xedapen iragankor bakarrari erreferentzia egitea ezinbestekoa da eta honela dio: «*Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a las parejas de hecho constituidas con anterioridad a su entrada en vigor siempre que cumplan los requisitos establecidos en su artículo 3*». Beraz, kontuan harturik, legearen 3. artikulua gutxieneko urte bateko bizikidetza galdatzen duela eta gure kasuan badirudi hori ematen dela. Bestalde, aipagarria da legearen 5. artikulua, zeinetan bizikidetzaren erregulazioa arautzen den: «*Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, en el que también podrán incluir las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, y siempre con observancia de la legalidad aplicable*».

Kasuan, erregistratu zirenik adierazten ez denez, Auzitegi Konstituzionalaren doktrina hau aplikatu beharko da: «*En la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras que nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. En el caso que ahora analizamos se aborda la regulación de una realidad social, la de las parejas estables unidas por una relación afectiva que se desarrolla al margen del matrimonio, cuya existencia puede reconocer el ordenamiento jurídico desde diversas perspectivas, pero sin que ello implique, per se, una equiparación con el matrimonio constitucionalmente garantizado... La unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia more uxorio, cuyo*



elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial... Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción (matrimonio o pareja de hecho) se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno... Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones (antes, durante y al extinguirse esa unión) conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción» (AKE 93/2013: BOE-A-2013-5436). Hau da, gure kasuan, izatezko bikotea osatzeko ez denez «borondate formalik» adierazi, lege hura ez zaie aplikagarri, pertsonak bere nortasuna garatzeko duen askatasuna urratzea bailitzateke aukera ez den egoera (izatezko bikote formalak) inposatzea derrigorrean; hain zuzen ere, pertsona partikularren arteko kasu orotan aplikagarri diren arauen arabera arautuko dira bikotearen arteko harreman ekonomikoak eta elkarren artean obligazio juridikoak erabaki eta egin ditzakete.

Behin egitatez bikotea osatu ostean, bikotekideen egoera zibila ez da aldatzen eta ez dute jasango eragin juridiko pertsonalik, ezkontideek ez bezala; beraz, izatezko bikotekideen artean ez da mantenu obligaziorik egongo. Ondarezko efektuei dagokienez, berriz, izatezko bikotea indarrean dagoen bitartean, komunean izan ditzakete interes ekonomikoak, obligazioak eta zamak. Ekonomiaren eta ondarearen arloari dagokion guztia erregimen arruntaren arabera erregulatuko da, izatezko bikoteei buruzko legearen eragina ez baitaie iristen. Beraz, bikotekide bakoitza bere ondasun eta eskubideen titularra izango da. Titularitate hori izango dute, harremana izan baino lehenago zituzten ondasunen gain eta baita harremanak iraun bitartean, biek batera eskuratu dituzten ondasun eta eskubideen gain. Aipatutakoa alde batera utziz, bikoteak erdizka edo *pro indiviso* lortu ditzake ondasunak; modu horretan eskuratutako ondasunei Kode Zibileko 392. eta hurrengoko artikulatuak aplikatuko zaizkie. Halaber, bikotekideen artean itunak egon daitezke eta itun horiek orokorrak edo zehatzak izan daitezke: (a) izaeraz orokorrak dira itunak bikotekideek modu konbentzional batean erregulatzen badituzte izatezko bikotearen efektu ekonomikoak, ezkontza-hitzaurrearen antzera; (b) izaeraz zehatzak dira itunak dohaintza, errentamendu, elikagai, pentsio ordainketari edo antzeko gaiei buruzkoak badira. Bikotekideen arteko hitzaurre falta dagoen kasuetan, doktrinak eta jurisprudentziak kontsideratzen du bien artean ondasun erkidegoa dagoela. Izatezko bikotea desagertzen denean, kontuan hartuko da bikotekideen artean zein itun egin dituzten, ondasunen eta eskubideen banaketa egiterako garaian. Gerta daiteke baita itunik ez izatea eta, kasu horretan, erdizka eskuratutako ondasunak *pro indiviso* izaten jarraituko dute.

Epaiaren kasuan, bi alderdien akordioz bukatzen da balizko bikote-harremana, hain zuzen ere egoera zibila aldatzeko ezkontzea erabaki ostean, orain azalduko denez.



(2) Ezkontza: eraentza ekonomikoa

Ezkontza epailearen edo legezko funtzionario eta lekukoen aurrean eginiko elkarketa da, partaide biren adostasunez egin eta Erregistro Zibilean inskribatzen dena (KZ 44-48). Ezkontzak, negozioa izan edo egintza juridikoa izan, ezkongaien egoera zibila aldatzen du: ezkongabea izatetik ezkontdua izatera igarotzen da ezkontide bakoitza, eta sortu «berri» duten bizitza-elkartearen oinarrian dagoen harreman juridiko berria islatzen du. Hori da, besteak beste, izatezko bikotekideen eta ezkontideen arteko aldea: izatezko bikotekideek ez dute haien egoera zibila aldatzen elkarren arteko bizitza-elkarte bat sortzean, egun indarrean dagoen egoera zibilaren kontzeptuari jarraiki, noski; ezkontideek, aldiz, bai.

Ezkontideek beraien artean dituzten harreman ekonomikoak arautzen dituen erakundea «ezkontzaren eraentza ekonomikoa» da: ezkontzatik eratortzen diren diru- interesen arau multzoa, ezkontideen arteko harremanak eta hirugarrenekin dituzten harremanak arautzeko. Kode Zibilak eraentza ekonomiko hauek aurreikusten ditu: (a) Irabazitako ondasunen sozietatea: «*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*» (KZ 1344); (b) Parte hartze eraentza: «*En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*» (KZ 1411); (c) Ondasunen banantze eraentza: «*En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*» (KZ 1437). Euskal zuzenbide zibilean, berriz, «foru-komunikazioa» arautzen da: «*Foru-komunikazioaren bitartez, erkide egiten dira, ezkontideentzat erdi bana, ondasun, eskubide eta akzio guztiak, horien jatorria edozein izanik ere, batarenak izan zein bestearenak izan, edozein tituluren ondoriozkoak, bai ekarritakoak, bai ezkontza bitartean eskuratutakoak, eta horien kokalekua edozein izanik ere*» (EZZL 129-146). Ezkontideek, ezkontza egin aurretik edo gero ere, sistema horietatik bat «aukeratu» dezakete edo, nahi izanez gero, beraien sistema propioa «disainatzeko» ahalmena dute: «*El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*» (KZ 1315); «*Ezkontzako ondasunen araubidea izango da ezkontideek ezkontzako itunetan ezarritakoa, bai beren-beregi araubide horren baldintzak hizpatzen dituztenean, bai lege honetan nabiz beste lege batzuetan ezarritako sistema ekonomikoetatik edozein aipatzen dutenean*» (EZZL 125). Horretarako «ezkontza-ituna» (*capitulación matrimonial*) egiletsi dezakete, beti ere eskritura publikoan: «*Deberán constar en documento público... Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones*» (KZ 1280); «*Ezkontzaren araubide ekonomikoa, itundutakoa izan nabiz legezkoa izan, aldarazi ahal izango da, beste ezkontza-itun batzuk egiletsiz*» (EZZL 126).

Kasuan, ezkontza-itunik agertzen ez denez, irabazpidezko eraentza aplikatzen zaie ezkontide asturiarrei: «*A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*» (KZ 1316). Gero, oraindik ezkontuta ziren bitartean, bi alderdiek banaketa-hitzarmena adostu zuten: «*contrato de separación conyugal*». Hori egiteko gaitasuna badute, baina beti ere ezkontzako eraentza ekonomiko horren barruan, epaiak azpimarratzen duenez: «*Ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y del divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges: los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece en el artículo 90 del Código... ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan*



los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio». Hitzarmen hura, ordea, ez da «ezkontza-ituna», notarioaren aurreko eskritura egin gabe dokumentu pribatuan jaso dutelako.

(3) Dibortzioa: hitzarmen erregulatzaileria

Kode Zibilak aurreikusten duenez, ezkontideek beraien ezkontzari amaiera jartzeko ahalmena dute: «El matrimonio se disuelve... por el divorcio» (KZ 85); «Por divorcio se entiende la extinción total de los efectos de un matrimonio válido y eficaz, sea éste civil o religioso, por causas posteriores a su perfección. En todo caso, se precisará de resolución judicial que decreta el mismo, y sus efectos se producirán desde la firmeza de la sentencia, nunca retroactivamente» («Guías jurídicas», Aranzadi). Dibortzioak ezaugarri hauek ditu: (a) Epaileari egiten zaion eskaera da; (b) Ezkontideak bizi direlarik bakarrik eska daiteke; (c) Egoera zibil berri bat sorrarazten du, hain zuzen dibortziatua izatea; (d) Dibortzioaren bidez ezkontza-lotura hautsi egiten da, berriro ezkontzeko aukera sortuz; (e) Etorkizunera begira ditu efektuak, atzeraeraginik gabe; (f) Ezkontza-sozietatea amaitzen da, ezkontideek ordura arte izan dezaketan ondare komuna deseginez.

Dibortziatzeko, ezinbestekoa da hitzarmen erregulatzaileria epaileari aurkeztea. Negozio juridiko hori ezkontideek adosten dute banantzeko edo dibortziatzeko prozesuan dauden kasuetan. Adostasun hori, komunean dutenaren ingurukoa da: ondarea, etxebizitza familiarra, pentsioak ordaintzeko bidea, guraso-ahala baliatzeko modua, umeen inguruko erabakiak, komunikazio eta bisita erregimena, besteak beste. Hitzarmenean, beraz, familia-zuzenbidean agertzen diren eremu guztiak jaso nahi badira, mota desberdinetakoa erabakiak har ditzakete ezkontideek. Jurisprudentziak argi utzi duen bereizketa da eta, komentatzen ari garen epaian, hauek aipatzen dira: «En virtud de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 y está reconocido en las sentencias de esta Sala antes citadas de 25 de junio de 1987 y de 26 de enero de 1993. Cuyo acuerdo, de naturaleza patrimonial, tiene una interpretación clara, que no deja duda sobre la intención de las partes y debe estar a su tenor literal, como dispone el artículo 1281 del Código Civil» (AGE 1997.04.22: Roj STS 2817/1997); «Los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “ad solemnitatem” o “ad substantiam” para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Ss., entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (RRDGRN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judiciales» (AGE 2002.02.15: Roj STS 1024/2002).

Kasu honetan, ume bat egonik, bereizketa hau garrantzitsua da oso: umea adin gabekoa izatea edo adin nagusikoa izatea. Hain zuzen ere, adin gabeko umerik egonez gero, epaileak zehaztu behar ditu ezinbestean haren gain erortzen diren erabakiak. Horregatik, nahiz eta ezkontideak elkar hartu eta ados jarri, umearen interesak eta babesak beti lehentasuna duenez, haren gaineko erabakiak ez daude gurasoen esku erabat, hala nola



«zaintza» nola burutu eta «mantenua» nola bermatu. Halako arazorik ez dago, ordea, izaeraz ondarezoak diren erabakietan, beti ere ezkontideen interesa ukitzen bada besterik gabe.

Aldingabeei eta ezgaituei dagokienez, hitzarmenak dibortzietuen guraso-ahalari loturik dauden seme-alaben zaintzako aspektu guztiak jaso behar ditu, baita guraso-ahalaren egikaritzea, eta baita zaintza ez duen gurasoaren bisita- eta komunikazio-erregimena. Hitzarmena eraginkorra izateko, epaileak onartu behar du hura. Gure kasuan dibortzioaren hitzarmen erregulatzailearen bidez ondorengo zehaztu da: (a) Guraso-ahala elkarrekin baliatzea; (b) Umearen zaintza amaren ardura izatea; (c) Aitak umearekin harremana izateko eta ikusteko estipulazioak; (d) Aitak umearen mantenurako amari «ordaindu» beharreko pentsioa (150 €); (e) Umearen aparteko gastuak estaltzeko kuota (% 50).

Alderdiek erabakiak dokumentu pribatuan jarri arren, eragin hauek sortuko ditu: (a) Ondarearen inguruko gaiak, adin gabekoari eragiten ez diotenak, akordio pribatu baten balioa izan eta indarra izango dute, homologatuak izan ez arren, eta bide judizialek erreklamatu daitezke; (b) Adin gabekoei eragiten dieten gaiak, zaintza, custodia eta mantenuaren ingurukoak, epailearen onarpena beharko dute eraginak izateko. Horregatik, epaileak berretsi ez dituenek, erabaki haiek indarra galduko dute eta ezingo dira erreklamatu epaian finkatuta geratu arte: *«En la principal considera, en relación con el documento privado de fecha 22 de agosto de 2013, “causa petendi” de la demanda, que hay que diferenciar entre las medidas que contiene: (i) Las relativas a cuestiones patrimoniales y que no afectan a hijos menores de edad tendrán valor de acuerdo privado (contrato) y serán válidas al margen de que no se hayan homologado y podrán ser reclamados judicialmente. (ii) Las relativas a cuestiones que afectan a hijos menores de edad, como es el caso del régimen de guarda y custodia y alimentos, deben contar con el correspondiente pronunciamiento judicial. Precisamente por ello la falta de ratificación del convenio ante el juez hace que éste pierda toda su fuerza vinculante y no puedan reclamarse las medidas que contiene hasta que queden establecidas en sentencia. Cita, en apoyo de su excepción, la misma sentencia 325/1997, de 22 de abril, en que funda su pretensión la parte actora».*

Ezein kasutan, mantenu-obligazioari dagokionez, xedatzeko muga hau errespetatu behar da: *«No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»* (KZ 1814). Baina, behin obligazioa eratuta, betetzeari buruzko erabakiak onartzen dira: *«La prohibición que contiene el citado precepto sobre los alimentos futuros no afecta a lo pactado por las partes en torno al cumplimiento de la obligación de alimentos, lo que implica la validez de acuerdos sobre la cuantía, tiempo y lugar de cumplimiento, así como modalidad de prestación (“in natura” o en dinero)»* (Roj: SAP O 2133/2017). Horregatik, Auzitegi Gorenak ere, hau adierazten du: *«Conforme a la doctrina expuesta, es dable que los cónyuges regulen convencionalmente su relaciones tras la ruptura matrimonial, incluidas las relativas a las medidas respecto a los hijos comunes, siempre que tales acuerdos no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 del CC, que supone, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ya que en otro caso no podrían ser objeto de ejecución, por afectar a dicho interés, cuestión de orden público, cuyo control corresponde al Juzgador de Instancia. Por tanto, que es válido el pacto suscrito por las partes en el convenio regulador privado de 22 de agosto de 2013, aun cuando no haya tenido acceso al órgano judicial para su aprobación, tras la adecuada valoración del interés del menor, realizada por el juzgador “a quo”».*



2.2. Filiazioa

Bigarrenik filiazioa zer den azalduko behar da kasua hobeto ulertzeko. Horretarako, legeak filiazioaren inguruan ezartzen duena aipatu eta doktrinaren ikuspuntua aztertuko da. Ikuspuntu «biologiko» batetik, sortzaile eta sortuen arteko erlazioa da filiazioa. Baina, hemen interesatzen zaiguna, sortzen den «erlazioa juridikoa» da: guraso eta umeen arteko lotura, zuzenbideak aurreikusten duena. Genetikak ahalbidetzen du bien arteko erlazioa, hala ere, filiazioa genetikoki ez den lotura batengatik eman daiteke; horren adierazle nagusia adopzioa da. Filiazioak ez ditu barnebiltzen ezkontzaren barruan sortutako umeak bakarrik, ezkontzaz kanpoko erlazioetik sortuak seme-alaba gisa aitortzen baititu legeak: «*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*» (KZ 108). Doktrinak ere lotura natural gisa ikusten du filiazioa: «*Es antes que la relación jurídica, un hecho natural, pues todos tenemos unos padres biológicos*» (Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal 2011, Madril).

Filiazioa zehazteko «moduari» dagokionean, kasuan alderdiek adingabeko seme bat dute komunean. Beraz, filiazio harremana izango dute amak eta aitak semearekin, eta aitaren aitortza, seguraski, bide honetatik egin da: «*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil*» (KZ 120). Horrek, filiazioaren «eraginak» abiaraztea ekarriko du; izaeraz familiari lotutako eskubideak eta betebeharrak osatzen duen eraentza juridikora meneratzea ekartzen du filiazioa zehazteak.

Betebeharren alorrean, umea «adin gabea» den bitartean, eraentza berezia ezartzen da; ohikoena, kasuan agertzen denez, «guraso boterea» aitortzea da. Legeak umeaz arduratzeko zeregina (funtzioa) ematen die gurasoei, ahalmenak (boterea) baliatzeko aukera eman eta horretan lagunduz. Zenbait kasutan, gainera, guraso boterea (ahala) izan arren, baliatzeko zeregina (umearen zaintza) kentzen dio gurasoari arrazoi edo kausa desberdinengatik (KZ 170).

Dena den, guraso-ahalaren eraentza juridikoa azaldu aurretik, guraso eta haurren arteko harremana zergatik arautzen den argitu behar da. Normalean, gurasoek beren haurrak zaindu, hazi eta hezteko obligazioak beren kabuz betetzen dituzte, inork ezer esan gabe. Aitak edo amak haurrenganako obligazio horiek behar bezala ez betetzearen kasua ematen bada, Kode Zibilak arauak edo jarraibideak aurreikusten ditu. Bestalde, esan beharra dago, gurasoaren eta umearen arteko harremana ez dela guraso-boterera mugatzen; guraso-ahalik gabeko aita-amak haurrenganako mantenu-obligazioa izaten jarraitzen dute, eta beren seme-alabekin egoteko eskubidea ere badute (KZ 110 eta 161).

Guraso-ahalaria dagokionean, gurasoek haien emantzipatu gabeko haurrenganako duten utzi ezinezko eskubide eta betebehar multzoa da guraso-boterea, hala nola: haurrak etxean izatea, mantentzea, hezteak eta haientzat probetxugarri izan daitezkeen jarduketak juridiko orotan haiek ordezkatzeko. Azpimarratzekoa da guraso-ahala, gurasoen eskubide subjektiboa baino, «funtzio» juridikoa dela, ez baitu titularren (gurasoaren) onura bilatzen, haurrarena baizik. Guraso-ahala definitu ondoren, horri dagozkion ezaugarriak aipatuko dira: (a) utziezina izatea, ez baitago gurasoen mende guraso-funtzioari uko egitea; (b) eskualda ezina, gizakion komertzioetik kanpo baitago; eta (c) preskribaezina, hau da, umea



adingabea den bitartean indarrean dago, eta gerora ere bai seme-alaba desgaituz gero (KZ 171).

Funtzioaren ideia legeak berak eman du aditzera araua eguneratzeko egin den azken aldaketan (Lege 26/2015), jurisprudenzian ezarritako izaera hartuz: «*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta "función" comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad*» (KZ 154). Doktrina legalak honela jasotzen du gurasoen zeregin juridikoa: «*Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos*» (AGE 1996.12.31: Roj STS 7658/1996); «*La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2)*» (AGE 2000.04.24: Roj STS 3419/2000).

Gurasoek beren umeei arlo guztietan laguntzeko obligazioa dute; bikote-krisi bat gertatzean edota bikotea apurtzen denean ere, ume adin gabeen gain mantenu-obligazioa izango dute: «*El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*» (KZ 110). Beraz, hemendik ondorioztatu daiteke mantenu-obligazioa adin gabeko umeekiko, ez datorrela guraso-ahaletik, filiaziotik baizik. Dibortzioa egonez gero, epaileak erabakiko du zein den guraso bakoitzaren ekarpena; berau proportzionala izango da, beharrak eta egoera kontuan harturik. Gurasoek mantenu-pentsioa onartzen badute, epaileak epaian ezarritako obligazioak onartu beharko dituzte. Epaileak, noski, beti *favor filii* jokatu du, hau da, adingabearen onuran, mantenuaren onuradunak (kreditu eskubidearen titularrak) direlako.

Gurasoak banandurik daudenean, hurrekin bizi ez den gurasoak haurren mantenurako pensio bat ordaindu beharko du, epaileak kontrakorik esaten ez badu edota gurasoak beste akordio batera heltzen ez badira. Betebehar hori ere, aurrekoak bezala, familia arteko elkartasun-eredu orokorretatik eratortzen da, eta ez guraso-ahaletik soilik. Hori dela eta, guraso guztiek, baita guraso-ahalik gabeek ere, beren hurrei mantenua «eman beharra» dute (KZ 110 eta 111).

Filiazio-betebeharrak, umea adin gabea den bitartean, ezin dira borondatez aldatu. Betebehar horietan ez da «zordun/hartzekodun» eskema jarraitzen, helburua ez baita ondareen arteko harremana bideratzea. Hemen «guraso/ume» harremana ezartzen da adin gabearen nortasuna hezitzen joateko, haren «interesean» beti; umearen interesak du erabateko lehentasuna printzipio moduan (legeak aitortua eta babestua). Hain zuzen ere Konstituzioak ezarritako arauaren arabera: «*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*» (EK 39.3); «*El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda*



adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable» (AKE 16/2016, BOE martxoak 7). Horregatik kasuan parte hartu duen Ministerio Fiskalak ere iritzi hau du: «Los criterios jurisprudenciales deben aplicarse solo en defecto de pacto entre los progenitores, criterio seguido por el juzgador “a quo” que resuelve la cuestión suscitada, en atención al interés del menor, y conforme a lo pactado por las partes. Acuerdo que previamente consideró válido a los efectos de regular los efectos de la separación de los cónyuges, respecto al hijo menor de edad, afirmando en el fundamento jurídico tercero que, con independencia de la consideración de tales gastos como extraordinarios imprescindibles, se pactó expresamente que los mismos se sufragarían como extraordinarios por mitades, por lo que no es dable en este momento, cuestionar la naturaleza de tales gastos». Orain, betetzeko moduari buruz, hura bete behar dutenek beren artean hitzartu dezakete nola funtzionatu eta, horregatik, beren arteko obligazio juridikoak aurreikusi ditzakete; hain zuzen ere, kasuan diru-zorra eratu da amaren (hartzekodunaren) alde eta hori ordaintzea eskatuko dio aitari (zordunari).

Seme-alabak adin nagusira heltzen direnean, guraso-ahala amaitu egingo da, baina horrek ez du zertan mantenu-obligazioa kentzen, posible delako eskubide hori luzatzea, kasuko beharren arabera: «Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable» (KZ 142).

3. Eztabaida: arazo juridikoak

Amak, umearen gastu guztiak ordaindu eta erdia berreskuratzeko akzioa baliatuz, dirua ordaintzea (diru-zorra) eskatzen dio aitari, hitzarmen erregulatzailearen arabera (iturria) sortu delako «obligazio» juridiko hori.

3.1. Salbuespen nagusia

Aitak salbuespen nagusi hau alegatzen du: hitzarmena baliozkotu eta efikaziaduna izateko, adin gabearen gaineko betebeharrei buruzko erabakiak jasotzen direnez, epaileak berrestea eta onartzea beharrezkoa da; epailearen erabakirik gabe, hitzarmen guztia efikaziarik edo indarririk gabe dago.

Dibortzioa epaileak deklaratzeko, hitzarmen erregulatzailea aurkeztea eskatzen du legeak eta, bere eragina, irizpide honen arabera zehaztuko da: «Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges» (KZ 92). Hitzarmen hori, familia-zuzenbideko negozio juridikoa da; ezkontideek elkarrekiko akordio baten bidez eta krisi matrimonial baten aurrean, hitzartzen dituzte erabakiak beraien eremu pertsonala eta ondarea bideratzeko. Hitzarmen horiek izaeraz kontratua dira eta, ezinbestean, Kode Zibilak ezarritako betekizunak bete behar dira (KZ 1261); eta, horrez gain, berrespen judizialak emango dio benetako eraginkortasuna hitzarmenari (KZ 90). Beraz, hitzarmen erregulatzaileak bi alderdi agertzen ditu: batetik alderdiek beren borondatez osatutako kontratua da; bestetik agente judizialaren parte hartzea eta onarpena behar dira, gainbegiratzeko eta kontrolatzeko edukia, adingabea edo alderdi ahulena babesteko.



Hitzarmen erregulatzailearen gutxieneko edukia legeak zehazten du (KZ 90) eta, eduki hori, kasuan eman den dokumentuan agertzen da. Arau hori kontuan izanik, hurrengo ondorioak sortzen dira:

(1) Lehenengo eta bereziki adingabe eta desgaituen kasuan, hitzarmen erregulatzaileak umearen zaintzarekiko barnebiltzen dena erregulatu beharko du: umearen zaintza, «guraso-ahala», berau baliatzeko modua, bisita- komunikazio-erregimena gurasoarekin. Genero indarkeriaren aurkako legearen ondorioz eta lege horretan azaltzen diren segurtasun-erabakiak baliatuz, guraso-ahala, zaintza, custodia edo bisita erregimena eten daitezke. Bisita- eta komunikazio-erregimena umearen alde direnez, beti bideratu beharreko zerbaite izango da, esate baterako kasu honetan: *«En el acto de la vista la parte apelante, con revocación de la sentencia de instancia, ha solicitado que en favor del padre no se establezca régimen de visitas alguno para con la hija, dado que existe un convenio, que fue ratificado judicialmente, en el que se pactó otorgar la custodia a la madre, al tiempo que el padre renunciaba al régimen de visitas a la hija, de muy corta edad. El Ministerio Fiscal, en el curso del procedimiento, informó que dicho convenio no debía aprobarse en la cláusula relativa a la renuncia por parte del padre al régimen de visitas, y que debía de señalarse tal régimen, dictando sentencia con fecha 22 de marzo de 1999, que dio lugar a la aprobación de dicho convenio en lo relativo a las cuestiones sobre custodia y pensión de alimentos, que no en referencia a la cláusula por la que se acordó la renuncia por parte del padre a visitar a la hija, y, por ello, en las sentencias se establece un sistema de comunicaciones amplio y normalizado»* (Madrileko Audientzia Probintzialeko epaia, 2000.09.15: AC 2000/1762).

(2) Bigarrenik, ezkontzaren zamei eta mantenuari buruz, umearen hezkuntza eta formazioa burutu arte indarrean izango dira, haren babesa modu zabalean interpretatu behar delako.

Adostutako erabakiak, alda daitezke inguruabarren arabera nahi bezainbeste eta, beraz, ez dira iraunkorak, ezta aldaezinak: *«(Se) admite que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre que el interés de éstos la requieran, y así se hizo: en la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado»* (AGE 2017.06.27: Roj STS 2572). Kasu horretan hitzarmena berrikustea beharrezkoa zen epaia eman zenean umeak bi urte zituelako eta hor berriz hamar urte.

Kasuan, hitzarmena baliozkoa den edo ez erabaki behar da beraz: hitzarmena sinatu ostean, dibortzio-prozesurik abiatu ez eta epaileak ezin du ezer erabaki hitzarmenaren baliozkotasunari buruz, hau da, hitzarmen erregulatzailea epaileak onartu gabe dago. Hitzarmenean bi motatako erabakiak jasotzen dira:

(1) Erabaki ondarezkoak: mantenuari buruzko arauak aurreikusten dituzte. Kasuan, gurasoek onartzen dute filiazio-betebeharrak estaltzeko hirugarrenekin egingo dituztela kontratuak, hain zuzen ere «hirugarrenaren (umearen) aldeko» kontratuak; eta «obligazio juridikoetan» zordun papera solidarioki dela, alegia batek ordaintzen badu, gero besteak dagokion proportzioa itzuli beharko diola; beraien artean, «obligazio juridikoa» sortuko da beraz.

(2) Erabaki pertsonalak: umea noiz ikusi eta umearekin nola egon aurreikusten dituzte. Laburbilduz, umearen inguruan dauden betebeharrak buruzko elementu oro adostu beharko da.



Hasteko, kasazioan alegatu diren zenbait epai baztertzen ditu Auzitegi Gorenak; hain zuzen ere, kasuan epaitzen den arazoa, «adin gabeko umearen mantenuari buruzko erabaki» bat da eta, alegatu diren epai hauetan, aldiz, epaitzen den arazoa desberdina da; beraz, ez dute balio jurisprudentzia osatzeko:

(1) Alderdien arteko ondare-akordioa: *«Deben, por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC. La sentencia de 25 de junio de 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la de 26 de enero de 1993 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes»* (AGE 1997.04.22: Roj STS 2817/1997).

(2) Ganantzialak kitatzeari buruzko erabakia: *«Como tiene reconocido esta Sala (sentencias de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 24 de abril y 19 de diciembre de 1997), la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 CC un requisito o “conditio iuris” de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 CC, pues como dice la sentencia de 22 de abril de 1997 no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico»* (AGE 1998.12.21: Roj STS 7768/1998).

(3) Emazte ohiari mantenua ordaintzeko obligazioa (lehen aipatua): *«Esta sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la Sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (s. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “ad solemnitatem” o “ad*



sustantiam” para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Ss., entre otras, de 26 enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (RRDGRN de 31 marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial» (AGE 2002.02.15: Roj STS 1024/2002).

Alderdiek sinatutako hitzarmen erregulatzailea, epaileak onartu gabe egon arren, balizkoa dela jotzen da, autonomia pribatuaren eremuan txertatzen den familia-zuzenbideko negozio juridiko moduan, beti ere ezkontza desagitearen ondorioz ezkontide ohien arteko harreman ekonomikoak arautzeko bada. Baliozkoa da eremu pribatuan, baina epaileak berretsi behar du balio juridikoa izateko, bereziki adingabeko umearen inguruan delako. Doktrina legalean (jurisprudentzia) irizpide hau jarraitzen da: «*El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 CC). En cualquier caso las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también con criterio más flexible a “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” (art. 1325 CC). Por otro lado el art. 1328 CC considera nulas las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges*» (AGE 2015.06.24: Roj STS 2828/2015); «*El art. 1323 proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, con una mayor amplitud tras la reforma que en derecho de familia supuso la Ley de 13 mayo 1981. Así lo ha venido reconociendo la Sala que en sentencia, entre otras, de 19 de diciembre 1997 afirma que “los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos...”*; y la de 25 de mayo de 2005 reitera que “*los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (art. 1323) ...*”. Esta autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal. La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “*en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC...*”. Por tanto, como repiten sentencias posteriores, los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS 17 octubre 2007). En fecha reciente de 24 de junio de 2015, recogía la Sala referida doctrina, añadiendo que “*en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 CC) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 CC, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, precursores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana*» (AGE 2015.10.19: Roj STS 4175/2015).

Beraz, sinatutako hitzarmen erregulatzailea baliozkoa da ete eraginak baditu, beti ere adin gabearen interesean baliatzeko akordioak diren heinean; muga hori, adin gabea babestea eta bere interesak nagusitasuna izatea, Espainiako «ordena publikoaren» baitan kokatzen da. Lehen instantziako epaileak horregatik hartu du bere erabakia (*ratio decidendi*), Ministerio Fiskalak ere azpimarratzen duenez: «*Respetar el contenido del pacto suscrito por ambos cónyuges en sus justos y precisos términos, manteniendo la voluntad de los cónyuges plasmada en el convenio regulador respecto del pago de la pensión de alimentos a favor del hijo, así como su decisión, respecto al pago*



de los gastos extraordinarios, guarda y custodia y régimen de visitas, al ser favorable al interés del menor». Hain zuzen ere: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos» (KZ 1091).

Zehazki, Auzitegiak doktrina honi eusten dio: «Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores». Muga horri buruz, epai honetan jasotako doktrina berresten da: «No puede afirmarse que tales convenios impliquen una transacción, contrato que tiene por fin poner fin a la incertidumbre sobre la relación jurídica derivada de la contradicción de juicio de las partes, presuponiendo la concurrencia de opuestas e inconciliables pretensiones, la existencia de una incertidumbre jurídica creada en torno a las posiciones y pretensiones de las partes; en el caso debatido, sin incertidumbre acerca del matrimonio de los litigantes, ni de cuestión alguna que hubieran de regular, otorgaron una escritura de capitulaciones y un documento privado sobre separación de hecho y atribución de los hijos; pero aunque hubiera habido esa incertidumbre, no cabe incluir lo acordado en la prohibición del art. 1814 CC, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles» (AGE 1985.01.31: Roj STS 1475/1985).

Bestalde, horrelako erabakien muga ezartzeko, zuzenbide konparatura jo eta Kataluniako Kode Zibilak diona gogorarazten du Auzitegiak: «Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de éstos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento» (KatKZ 235.5.3). Umearen interesa zaindu eta urratzen ez den bitartean, betebeharrak hori asetzeko moduari buruzko erabaki guztiak onargarriak eta baliozkoak izango dira.

Esandakoa aplikatuz, beraz, baliozko hitzarmen erregulatzailea izaeraz kontratua da eta obligazioak sortu ditu: pentsioa ordaintzea aitak (zordunak) amari (hartzekodunari); eta aparteko gastuak erdibanatzea, ordaintzen duenak besteari erdia eskatzeko obligazioa antolatuz. Obligazio juridiko horien «kausa», hain zuzen ere, beren guraso-ahalaren baitan dagoen betebeharrari aurre egitea da. Eraginez, obligazioak lege-indarra du alderdien artean: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos» (KZ 1091); horregatik betearaztea eska daiteke: «Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega» (KZ 1096.1); eta fruituak entregatzeko eskubidea ere sortzen da: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla» (KZ 1095), kasuan zehazki dirua entregatzea demanda bidez eskatzen denez, hura jarri zenez geroztik («interés procesalak»).

3.2. Lehen salbuespen subsidiarioa

Aitak beste salbuespen bat ere alegatzen du aurrekoa onartu ezean (subsidiarioki). Hitzarmenaren kontratuzko zatian, obligazioak sortu dira eta beraien arteko lotura badago; beraz, salbuespena jar daiteke: «*exceptio non adimpleti contractus*» (*ad-impleo*: bete edo asetu), hau da, salbuespen moduan kontratua (obligazioa) ez dela bete aurkaratzen da. Hain zuzen ere: «El incumplimiento por él del pago de alimentos viene precedido por el incumplimiento por la actora del régimen de visitas y comunicación del menor con su padre, que habían pactado». Beraz, ezkontideen artean adostutako hitzarmena baliozkoa izanez gero eta amak bisita-erregimenari dagokiona betetzen ez badu, mantenu-obligazioa betetzeko obligaziorik ba al du aitak?



Galdera horri erantzuteko, hasteko, umearekin dagoen filiazio-erlazioaren kariaz sortutako betebeharraren izaera zehazten da, doktrina legala aipatuz: «*La relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y a la vez como un deber de aquellos en la que adquiere una especial relevancia el interés del menor y que, por ello, no puede hacerse depender de otras circunstancias, como podría ser el puntual cumplimiento de la obligación alimenticia, pues la posible inobservancia de ésta podría obedecer en ocasiones a causas justificadas, siendo susceptible, en otros supuestos, de ser corregida a través de las amplias facultades que al Juez se confieren en el art. 158 CC, sin que deba olvidarse que puede llegar a determinar la privación parcial o total de la patria potestad (art. 170) y a entenderse constitutiva de los delitos tipificados en los arts. 226 y 227 CP*» (AGE 2002.12.26: Roj STS 8849/2002); «*La sentencia de 17 ("rectius" 12) de febrero de 2015 (Roj STS 439/2015) contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención*» (AGE 2017.07.20: Roj STS 3024/2017).

Hain zuzen ere, oinarri juridiko hauek dira kasuaren abiapuntu: «*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*» (KZ 94); «*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad*» (KZ 160). Lehenengoak, adingabea ikusteko, bisitatzeko, berarekin komunikatzeko eta berarekin egoteko eskubidea esleitzen dio zaintza beregain ez duen gurasoari; bigarrenak, berriz, gurasoekin harremana izateko eskubidea ematen die adingabeei, haiek guraso-ahalik ez badute ere. Adingabeekiko bisita-erregimenaren esparruan, argi eduki behar da, edozein eskubide edo interes legitimoren gainetik, adingabearen ongizatea eta bere interes orokorra lehenesten dutela gure ordenamenduak eta nazioarteko araudiak. Ondorioz, bisita-erregimena ez da zaintza ez duen gurasoaren eskubide gisa egituratzen; aitzitik, adingabearen garapenerako eta ongizaterako funtsezkoa den «eskubide/betebehar» moduan egituratzen da.

Adingabearen interes orokorraren ildotik jarraiki, planteatu den salbuespen subsidiarioari ezetza eman behar zaio. Hasteko, Konstituzioaren 39.3 artikulua, adingabeek beren gurasoengandik jaso behar duten babes berezia arautu eta, ezein gurasok bere gain duen mantenu-obligazioa, funtsezko arau horren itzalean kokatzen da. Hain zuzen ere, familia-solidaritatean oinarritzen den obligazioa da mantenua emateko obligazioa eta are gehiago seme-alabak adingabeak diren bitartean; adingabeekiko mantenu-obligazioa eta ahaideen arteko mantenu-obligazioak izaeraz desberdinak dira eta, ondorioz, ezin dira parekatu, bereziki mantenua filiazioari estu lotutako betebeharra delako: «*Los alimentos a los hijos menores tienen como único y exclusivo fundamento, como hemos visto, la relación paterno-filial, con independencia de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial (art. 39.3 CE), de que haya existido separación, nulidad o divorcio (art. 92 CC), e incluso de que los padres ostenten o no la patria potestad (arts. 110 y 111, in fine, CC) ... La obligación de alimentos a los hijos desempeña la función de mantenerlos, prestándoles cuidado y educación (art. 92 CC), así como una formación integral (art. 154.1 CC) ... La pensión de alimentos a los hijos debe adecuarse a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art. 93 CC)*» (AKE 57/2005: BOE-T-2005-6210). Zentzu horretan, «adingabeekiko» mantenu-obligazioa filiazioarekin lotzeak ondorio juridiko anitz ditu, nagusiki, ahaideek beren artean zor duten mantenua-erakundearekin alderatuz. Besteak beste, araubide-juridikoa ez da ahaideen arteko mantenuari buruzkoa, filiazioa eta guraso-



botereari buruzkoa baizik; zentzu-bakarreko obligazioa da, non «elkarrekikotasunik» ez dagoen, ahaideen arteko mantenuan gertatzen ez den bezala; beste ahaideek galda ditzaketen mantenu-obligazioei lehenesten zaie mantenu-obligazioa; helburua ez da besterik gabe adingabearen biziraupena ziurtatzea, baizik eta bere ohiko bizitza egiteko behar duen guztia jasotzea eta ondorioz, gastu ohiko zein ez-ohikoak ordaindu behar dira (ikus Eva María MARTÍN AZCANO, «La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 1 zb., 2014, 75-80).

Horregatik, gurasoetako batek ezin dio bere mantenu-obligazioa betetzeari utzi beste gurasoak bisita-erregimena errespetatzen ez duelako; izan ere, adingabearen interes orokorrari begira, bisita-erregimen hori bigarren mailako elementua da mantenu-obligazioaren ondoan, nahiz eta adingabearen garapenerako eta ongizaterako ere oso garrantzitsua izan. Mantenu-obligazioa gurasoek beren ume adingabeekiko duten obligazio absolutua da, beste obligazio baten betetzearekiko dependentziarik izan ezin duena. Beraz, kasuan obligazioen arteko lotura elkarkaria sortzen duen suposturik (sinalagma genetikorik) ez dago eta, ondorioz, ezin da *kontratua ex betetzeagatiko salbuespena* jarri mantenu-obligazioa ez betetzeko. Obligazio autonomoak dira biak, bakoitza bere kontura eta modu autonomoan bete behar direnak.

Hori guztia kontutan hartuta ere, badaude kasu batzuk non mantenu-obligazioa bertan behera, esekita gelditu daitekeen. Hala esaten du Auzitegi Gorenak: «*Ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante*» (AGE 2016.04.25: Roj STS 1796/2016). Aipatutako epaiak ezartzen duenez, aurkeztzen diren egitateetatik ezin da ondorioztatu aita egoera ekonomiko zail batean dagoenik, are gutxiago kontuan hartuta mantenu-obligazioarekin ez betetzeko arrazoi nagusia amak bisitekiko obligazioa ez duela betetzen bada, horrek aitaren ondarean obligazioarekin betetzeko arazorik ez dagoela deduzitzera eramán baikaitzake.

Kasuko epaiak honela berresten du aipatu den bereizketa eta irizpidea: «*Corolario de la especial naturaleza de la obligación alimenticia de los progenitores para con sus hijos menores de edad, es que no pueda hacerse depender su pago del cumplimiento o incumplimiento del progenitor custodio de otras estipulaciones del convenio*». Eredu desberdineko betebeharrak izanik, beraien artean ez dago inolako loturarik, eta are gutxiago lotura sinalagmatikorik: maila «genetikoa» iturburu desberdina dute; eta maila «funtzionalean» modu autonomoan dihardute. Audientziak ere halaxe azpimarratu zuen: «*El incumplimiento de la obligación alimenticia del padre lo es con "independencia" de los posibles incumplimientos de lo pactado en el convenio privado por parte de la madre*».

3.3. Bigarren salbuespen subsidiarioa: aparteko gastuen izaera

Aurreko salbuespenekin batera, gastuen izaera ere zalantzan jartzen du aitak, apartekoak izan eta ordaindu beharretik kanpokoak direla joz: erabaki al ditzake amak bere kabuz aparteko gastuak, aitaren iritzia eta adostasuna kontuan hartu gabe? Horrelako egoeran, aitak ordaindu behar al du aparteko gastu horiengatik tokatzen zaiona?



Gastuari buruzko erabakia hartzeko, guraso bien adostasuna behar da: «*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad... En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez...*» (KZ 156). Beraz, guraso-ahala bi gurasoek batera baliatu behar dute; edo, batek bakarrik, bestearen esanbidezko edo isilbidezko adostasunarekin. Hala ere, guraso batek buruturiko egintzak baliozkoak izango dira, egintza horiek gizarte usadioekin eta kasuan kasuko inguruabarrekin bat badatoz edo presako beharrizan-egoeretan gauzatu badira. Desadostasunik izanez gero, azken muturrean bietatik edozeinek jo dezake epailearengana. Epaileak guraso biei eta umeari (behar besteko zentzua izan eta hamabi urte baino gehiago baditu) entzun eta gero (PZL 770.4), aitari edo amari esleituko dio erabakiak hartzeko ahalmena, errekurtsorik aurkezteko aukerarik eman gabe. Desadostasun horiek etengabekoak badira, edo beste edozein arrazoiren batek modu larrian oztopatzen badu guraso-ahala baliatzea, epaileak guraso bati eratziki diezaioke ahalaren egikaritzza osorik edo zati batean; edo, bestela, epaileak gurasoen artean bana ditzake guraso-ahalaren eginkizunak. Erabaki horien iraupena epaileak berak zehaztuko du; baina iraupen hori ezin da inoiz izan bi urtetik gorakoa.

Auzitegi Gorenaren jurisprudentziaren arabera, aparteko gastutzat hartuko dira berez aurreikusi ezin direnak; adibidez, gizarte segurantzak edo beste aseguru pribatu batek barneratzen ez dituen osasun-gastuak, edota eskolaz kanpoko jardueretatik eratorritako gastuak. Hortaz, ez dira aparteko gastuak izango liburuak, matrikulak, eta eskolako materialak aurreikusi ahal direnean, eta horiek mantenu-pentsioaren zenbatekoarekin estaliko dira. Jurisprudentziak, bestetik, «aparteko» gastuen barruan bereizketa egiten du: «*Gastos extraordinarios son aquellos que no se pueden prever, tales como actividades extraescolares y gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados sanitarios correspondientes; por lo tanto, no son gastos extraordinarios los libros, matrículas y material escolar, pues son gastos perfectamente previsibles que deberán ser atendidos con el importe de la pensión alimenticia. Además dentro de los gastos extraordinarios se debe distinguir entre los necesarios (como pueden ser por ejemplo el cambio de unas gafas), que no requieren el previo consentimiento del progenitor no custodio, y los no necesarios (como pudieran ser unas clases de tenis, por ejemplo), que sí precisan del previo conocimiento y consentimiento del progenitor no custodio*» (AGE 2014.10.15: Roj STS 4438/2014). Alde batetik, «beharrezkoak» diren aparteko gastuak; horiek egiteko, zaintzailea ez den gurasoaren alde aurretiko onespenez ez da behar. Bestalde, «beharrezkoak ez» diren aparteko gastuak; horiek zaintzailea ez den gurasoaren adostasunarekin egin beharko dira.

Kasuan, umeak logopeda-tratamendua eta, eskola-errendimendua hobetzeko, errefortzu-klase batzuk jasotzen ditu. Zentzu horretan eta orain arte aipaturiko legediari jarraiki, guraso ez zaindaria aurkeztutako kasazio-helegitean Kode Zibileko 156. artikulua ez dela bete alegatzen da. Horrela gauzak, ume adingabe baten aparteko gastuak bi gurasoek adostu behar dituzte eta, beraien artean desadostasunak sortzen badira, gastu horiek epaile batek erabaki beharko ditu, beharrezko edo premiazko gastuak ez badira. Azken betekizun horiek ez direla betetzen alegatzen du helegite jartzailearen ordezkariak: «*Los gastos extraordinarios de un hijo menor deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores y a falta de acuerdo, autorizados judicialmente, salvo necesarios y urgentes, requisitos que no se cumplirían en los gastos por sesiones de logopeda o por clases extraordinarias de refuerzo escolar*». Alderdiak dio ume adingabeak logopeda-tratamendua eta errefortzu-klaseak jasotzea ez dela beharrezkoa edo premiazkoa den aparteko gastua eta, horregatik, guraso bien adostasuna beharko dela horiek ordaintzeko.



Amak egin duen gastua hitzarmenaren eremutik kanpo dago, hau da, gastua ezin da izan hitzartutako obligazioen objektu. Aitaren esanetan ezaugarri hauek bildu behar ditu gastuak obligazioaren objektu izan eta obligazioa egoteko (existitzeko): «(1) *Necesario, en el sentido de que debe cubrirse de manera ineludible, en contraposición con los gastos superfluos o secundarios;* (2) *No tener una periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal manera que son contingentes en cuanto que pueden surgir o no;* (3) *Imprevisibles;* (4) *No estar cubiertos por los asignaciones ordinarias*».

Aparteko gastuak izan edo ez, umeak dislexia duela eta horren ondorioz gastu bereziak egin behar direla jakitun izateak, gastu horiek, mantenu-pentsioaz gain, umearen gastu «arrunt» moduan ordaindu beharko dituela onartzea da. Edonola ere, alderdiek aparteko gastuen artean sartu zituzten: «*Aun cuando deben considerarse como gastos extraordinarios imprescindibles los médicos y psicológicos ocasionados por las enfermedades sufridas por los hijos como ha señalado la jurisprudencia, es claro que ambos progenitores pactaron expresamente que los mismos se sufragarían como extraordinarios por mitades; por lo que no es dable en este momento cuestionar la naturaleza de los gastos de logopedia y las clases particulares de refuerzo en el aprendizaje, puesto que el recurrente ya conocía de la existencia de los problemas de aprendizaje del menor y por ello se incluyeron los mismos dentro del concepto de gastos extraordinarios*».

Hain zuzen ere, Auzitegi Gorenak umearen interesa bakarrik hartzen du kontuan eta, gastuen izaera edonolakoa delarik ere, horiek ordaindu beharra dagoela agintzen du, hitzartutako gastuak direlako: «*Se ha estar a lo convenido y no al examen de los requisitos jurisprudenciales respecto de tales gastos*». Auzitegiak, kasazio-helegitea bideratzeko garaian, ez dio hainbeste erreparatzen aparteko gastuen izaerari, eta guraso ez zaintzaileak izandako portaera begiratzen du. Helegite jartzaileak, kasazioa planteatu arte eta aparteko gastuen baliozkotasuna eztabaidatu arte, ordainketak egiten zituen. Ondorioz, Auzitegi Gorenak, inork bere kabuz burututako egintzetatik ondorioztatutako adostasunean oinarrituz, gastu horiek onartu egin direla erabakitzen du. Gauzak horrela, bere garaian onartutakoa ezin da orain zalantzan jarri beste pretentsio nagusi bat aprobetxatuz. Horregatik gastu horiek ere zor dizkio aitak (zordunak) amari (hartzekodunari).

4. Ondorioak

Kasuak badu interes berezia obligazio-zuzenbidearen bidean abiatzen den ororentzat, hain zuzen ere zuzenbideko «betebehar» guztiak obligazio juridikotik ez direla sortzen ohartzeko eta obligazioaren eremua zehazteko balio baitu. Ondorio hauek justifikatzen dute lanaren izenburuan agertzen den mamia, hau da, betebeharren iturria hala «*funtzio*» juridikoa, nola «*obligazio*» juridikoa izan daitekeela.

(1) Bi pertsona harreman afektiboan elkartzen direnean, erabaki dezakete elkarrekin bizitzen hastea, egitatezko bikotea osatuz. Borondatez hartutako erabaki hori beren harreman ekonomikora ere zabaltzen da, adostasunez hartzeko eguneroko gastuei aurre nola egin, are gehiago umea munduratzeko bada. Borondatearen autonomia hori nagusitzen da ere egitatezko bikote juridikoa (legearen arabera) osatzea edo ezkontzea erabakitzeke garaian; eta, halakorik erabaki ostean, baita beraien arteko erregimen ekonomikoa zehazteko ere. Hain zuzen, kasu batean zein bestean adostasunez zehaztu dezakete bikotearen erregimen ekonomikoa eta, ezer adierazi ezean, orduan bakarrik makurtuko dira legeak ezarritako eraientza ekonomikora. Ezkontzeak, gainera, eragin juridiko bereziak sorraziko ditu ezkontideen gain, egoera zibil berriaren arabera elkarren artean betebehar



juridiko bereziak sortzen direlako, hala nola elkarrekin bizi beharra, elkar lagundu beharra, errespetuz aritu beharra, mantenua eman beharra.

(2) Umea izateak, harekiko filiazio-harremana sortzea eragiten du. Filiazioaren ondorioz, izaeraz familiari lotutako eskubideak eta betebeharrak ezartzen ditu ordenamendu juridikoak. Umea adin gabea den bitartean, gainera, gurasoei ematen zaie haren ardura eta, zeregin hori baliatzeko, legeak guraso-ahala aitortzen die haiei. Zeregina den aldetik, filiazio-harremana ez bezala, galtzeko aukera ere bada legeak aurreikusten dituen arrazoren bat emango balitz. Bestalde, guraso-ahala adin gabearen onuran baliatu behar da beti eta haren barruan dauden betebeharrak ez betetzeko aitzakiarik ez dago. Umea adin nagusira iristean, guraso-ahala desagertzen da, baina filiazioa bizi bitartean indarrean denez, mantenu-betebeharrak ere indarrean jarraitzen du, ikasketak arduraz jasotzen aritu eta amaitu arte. Beraz, filiazioak mantenu-obligazioa sortzen du eta bi gurasoek dute hari aurre egiteko betebeharra.

(3) Betebehar horri aurre egiteko modua, ordea, adostasunez erabaki dezakete. Ohikoa izaten da, bikotearen krisi egoeretan bereziki (banantzean edo dibortziaztean), hitzarmenez zehaztea nola aurre egin umearekiko dituzten mantenu-betebeharrei. Hitzarmen haren kariatz, elkarren arteko obligazio juridikoak erabaki ditzakete bikotekide izan zirenek, bata besteari zer ordainduko dion zehaztuz, gehienetan gizonezkoa zorduna izan eta emakumezkoa hartzekodun gertatzen delarik, umearen zaintza bere gain hartu duelako. Dibortziazteko, erregistro zibilean jasotako egoera zibila aldatzen denez, agindu juridikionala behar da eta hitzarmen erregulatzailerak gainbegiratzeko zeregina ere izango du epaileak. Hitzarmen horretan umearekiko harremanak nola bideratu aurreikusi eta zehaztu behar dira derrigorrez; zehazki, filiaziotik sortutako betebeharrak direlako, izaeraz ordena publikokoak dira eta interesatuek ezin dituzte nahi bezala moldatu. Umearen interesa kaltetzen ez duen itunik egitea, aldiz, onartzen da; horrela ohikoa da eragin ekonomiko hutsa ekartzen duten itunak txertatzea hitzarmen erregulatzaileran, hala nola pentsioa ordaindu beharra eta aparteko gastuak estaltzeko ekarpenak ere egin beharra, biak obligazio juridiko moduan. Akordio horiek epailearen baimenik ez dute behar eraginak izateko.

(4) Behin zehaztu ostean betebeharren iturri desberdina, argi dago filiaziotik datorrena ez dela ondareko obligazio juridikoa; hain zuzen ere, obligazio juridikoak bildu behar dituen ezaugarrietatik urrun daude filiaziotik sortzen diren betebeharrak. Horregatik, eremu horretan sortzen diren betebeharren artean ez dago «loturarik» eta autonomoak dira, hau da, ez dira bata besteagatik sortu (sinalagma genetikoa) eta betetzeko ez daude bata bestearen menpe (sinalagma funtzionala). Are gutxiago filiazio-eremutik kanpoko beste betebeharrekin; gurasoek, haiek betetzeko, beren gain har ditzaketen obligazio juridikoekin ere ez daukate, inondik inora, inolako loturarik. Ondorioz, filiaziotik sortutako betebeharrak beti bete behar dira, besteak bete duen edo ez kontuan izan gabe; baina horrek, adieraz denez, ez du kentzen gurasoen artean, gastuak nola ordaindu hitzartu badute, obligazio juridikoak sortzeko aukera, «zordun/hartzekodun» eskemaren arabera, obligazio-zuzenbidearen eraentzara meneratuz.

(5) Umearen ohiko gastuak estaltzeko ordaindu beharreko pentsioaz gain, erator daitezkeen aparteko gastuetan parte hartzeko portzentajea ezartzeak zera ekartzen du: gastua izaeraz apartekoa den edo ez eztabaidatzeko parada. Gastuak espero izan eta aurreikusi badaitezke ohikoak direla joko da eta, beraz, aurreikusi ezinak bakarrik izango dira apartekoak; gainera, horiek izan daitezke halabeharrezkoak (gizarte-segurantzak edo aseguru pribatuak bere gain hartzen ez dituen osasun-gastuak) edo behar-beharrezkoak ez



direnak (eskolaz kanpoko jarduera orokorrak). Halabeharrezko aparteko gastuak bakarrik egin ditzake umearen zaintza duenak beste gurasoaren baimenik gabe; behar-beharrezko gastuak ere egin daitezke, baina ezinbestean, gero erreklamatu ahal izateko, bestearen baimenarekin beti.

(6) Azken batean, azaleratua geratzen da familiaren barruko arazoak konpontzeko modurik erosoena zein den: alderdien borondatea, autonomia pribatua baliatuz. Beraz, adostasuna da horrelako arazoak konpontzeko biderik zuzenena, azkarrena eta merkeena. Konponbidea beren kabuz lortzeko aukerarik izan ezean, ordenamenduak bultzatzen dituen tresna juridikoak baliaraztea da egokiena: adostasuna kontziliazioz lortzeko aukera bitartekaritza familiarra erabiliz (Lege 5/2012 eta, euskal erkidegoan, Lege 7/2015). Funtsezkoa irizten diogu alderdien artean adostasuna lortzea familia-gatazketan, are gehiago umeak baldin badaude; izan ere, zuzenean epailearengana jotzeak eztabaida eta arazoak areagotzea ekartzen baitu beti. Gaur egun, gainera, familiaren barruan ematen diren gatazkak ohikoak direnez gero, kontziliazio familiarra ere normaltasunez gizartean zabaltzea eta ohiko bihurtzea aurrerakada handia litzateke arazo juridikoak konpontzeko. Zalantzarik gabe, bitartekaritza aditua den norbaitek parte hartzeak, ezer erabaki behar izan gabe alderdien adostasuna bilatzen laguntzeko, epaitegiei lana kentzea ekartzeaz gain, epaileak egoera familiarra sakon ezagutu gabe erabaki behar izatea saihesten du, askotan prozesu mekaniko huts moduan ematen baitira epaiak, alderdien eta umeen interes bereziek aurrera egiteko ezinbestekoa duten oreka errespetatu gabe; beti ere, noski, umeen interes nagusia babestuz. Hain zuzen, oso nekez esplikatu daiteke diru-sarrera urriko pertsonak kasazioan Auzitegi Gorenera zergatik eta nola iritsi diren, gastuei aurre egiteko gaitasun gutxi izan eta bitartekaritza baliatu gabe. Bestalde bitxia gertatzen da ezen, gizarte-bilakaeraren poderioz, baliabide ekonomiko ugari dituzten pertsonak, aldiz, ohikoa dutela, gero eta gehiago, ezkondu aurretik egitea akordioak, ondoren etor daitekeen arazo ekonomiko oro aurreikusi eta bideratzeko.